

行政权的道德考量

孙丽岩

摘要: 相比普通的社会生活领域,道德对于行政权而言其意义更为深远。一方面,道德是规范行政权的相关法律中必备的内容,丰富、充实着法律的具体内容及形式。另一方面,道德可以弥补法律无法完全覆盖的“空地”,促进行政权的改良与进步。法律与道德在行政法领域的协调互动,共同维护着法律的权威与个人的自由尊严。

关键词: 行政权;道德;互动

总有一天,理智和情感协调一致的概念将会在我们道德意识的最深处取代目前可憎的混乱和无益的争斗。当那一天来临后,政治中许多现在不可能的事情都将变为可能。政治家不仅能够控制和引导自身的冲动,而且还能使听众理解他的目的^{[1] (P.128-129)}。

——格雷厄姆·沃拉斯

引言

道德与法律是一项古老的辩题,“法律并不仅是行为的一个尺度,还是关于行为之价值的一种宣告。法律是关于何者为善、何者为恶的一种指示;反过来,善与恶则是法律义务之条件。”^{[2] (P.79)}多数学者对两者关联性的探讨更多在法理学范围展开,围绕自然人与社会的关系而进行。而行政主体作为非自然人,是否应当受社会公共道德的约束,道德于权力法定的行政权有无实际意义,成为研究行政权与现代行政行为方式无法回避的话题之一。

一、行政权威的道德解析

老子《道德经》第十七章称:“太上,不知有之;其次,亲而誉之;其次,畏之;其次,侮之;信不足焉,有不信焉。悠兮其贵言。功成、事遂,百姓皆谓:我自然。”老子对政府的期望是治理与服从的有机融合,良好的、理想的政府职权目标是百姓感觉不到权力的存在,服从社会的治理结构成为百姓生活的常态。这种情况下的服从已经不是简单的法律义务行为,而是百姓自觉自为的道德义务。当然,这种状态毕竟只是理想中的社会形态,现实生活中法律的服从与道德的遵守在更多情况下并不是合二为一的,符合社会需求的法律为大众自觉遵守,而与公众要求背道而驰,或者有违道德的法律制度、行为往往会遭到公众的抵制,直至消亡。正如韩非子所言,“法者,宪令著于官府,刑罚必于民心。”^[3]孔子也曾认为:“道之以政,齐之以刑,民免而无耻;道之以德,齐之以礼,有耻且格。”^[4]“仁者能仁于人,而不能使人仁;义者能爱于人,而不能使人爱。是以知仁义之不足以治天下也。”^[5]

行政权是吸收、蕴含道德因素的法律权力,这种道德因素适用于行政权关系的双方主体,即行政主体和行政相对人。从法律的形成过程和生存价值考察,道德观始终贯穿法律过程的全部,法律一方面自

作者简介:孙丽岩,法学博士,厦门大学法学院副教授。

身包含了人类追求真、善、美的道德理想;另一方面规范、制约、引导、保障道德理想的实现过程。如果按照哈特的“第一性规则”和“第二性规则”原理,^①道德规范与法律规范实际上是融为一体,相互并存的。

从人类法律史的发展历程来看,正义、公平的道德追求贯穿法律的萌芽和发展进化。我国古代“法”的象形字——“灋”的来源,“灋,刑也。平之如水,从水;廌,所以触不直者去之,从去。”^[9]喻示着社会公众对“平之如水”的公平、正义观的向往。以及传统德主刑辅——“德礼为政教之本,刑罚为政教之用”,传达的都是道德与法律的相互融合和功能上的统一性,正如法家认为的:“国家之所以治,端在赏罚,一以劝善,一以止奸。”^{[7] (P305)}西方历史上从古希腊正义论的法律价值观,到近代自然法观的法律价值观,也无一例外地遵循着正义这一基本的道德观。比如亚里士多德所称的:“法律的实际意义却应该是促成全部人民都能促进于正义和善德的制度。”^{[8] (P138)}格老秀斯也鲜明地指出:“自然权利乃是正当理性的命令,它依据行为是否与合理的自然相谐合,而断定其为道德上的卑鄙,或道德上的必要”^{[9] (P528)}。

除了古典的法学家们对法律蕴含道德的评价,19世纪至20世纪出现的有关“恶法亦法”的争议,同样彰显了道德作为法律外在评价因素的存在。二战后的纽伦堡大审判就抛弃了“恶法亦法”的实证主义争议,转而适用自然的正义、理性及人道等道德价值观念作为评价标准。在审视以形式合理性掩饰内容非理性的法律时,也深刻意识到“接受一种超越专横权力之上的自然法,才能防止今后再出现这种法律的衰败。”^{[10] (P36)}法学家藉此进一步认为,正义原则是制度本身的原则,是国家机器运作的道德原则^{[11] (P467-468)}。甚至有学者认为,法律不能仅仅建立在法律之上,法律在内容上必须体现普遍意义上的道德观念即法律的外在道德,法律制度作为一个整体,还必须具有法律的内在道德^{[12] (P125)}。其实,对西方法律中蕴含道德,近代翻译家严复在翻译孟德斯鸠的《论法的精神》(注:时译《法意》)时就体会到了,他在该书的中译本按语中写道:“盖在中文,物有是非谓之理,国有禁令谓之法,而西人则通谓之法律。故人意遂若理法同物,而人事本无所谓是非,专以法之所许所禁为是非者,此理想之累于文字者也。中国理想之累于文字者最多,独此则较西文有一节之长。西文法字,于中文有理、礼、法、制四者之异译。学者审之。”西方学者普遍认为,在未受法律规制的“空白”争端中,法院“可以依靠道德技能弥补法律空白并创制新法以判决案件。在创制新法时,法院有完全的(或在某些案件中有指导性的)自由裁量权根据自己的是非观来判决案件”^{[13] (P200)}。

由此可见,法律的道德价值关系到法律是否符合社会发展需要和大众需求的重要标准和尺度,实现将人类的道德理念转化为法的精神,同步体现了社会文明进步的整体水平。因此,作为最贴近百姓生活的行政法律规范,也在满足公众需求和促进公民进步中蕴含着道德评价,而且是最基本的道德评价。比如,我国建国以来,先后颁布、修订了1957年、1985年《中华人民共和国治安管理处罚条例》2005年颁布《中华人民共和国治安管理处罚法》(以下简称“治安管理处罚法”),通过比较三个法律的内容,我们很清楚地看到道德评价对法律的决定作用。在《治安管理处罚法》中新增加了强迫他人劳动以及用暴力威胁他人劳动的处罚,之前的社会道德观念对此是没有评价的,但是随着公众意识到强迫劳动违背基本人权,损害他人身体健康,并且已经远远超过社会道德容忍的底线,在这种道德评价的推动下,对该行为的谴责由此上升为了法律评价。再比如,该法初次明确规定,怀孕或者哺乳自己不满1周岁婴儿的,70周岁以上的,及已满14周岁不满16周岁的或者已满16周岁不满18周岁初次违反治安管理的,不执行行政拘留处罚。这其中也充分体现了我国传统文化和道德中对老人、儿童的尊重,是社会道德观的一种法律再现。

此外,从行政权的内涵分析,它的产生以及生存、发展包含了正义的道德评价。从行政权的产生来看,“行政乃是为实现某个私人目的或公共目的而在具体情形中对权力的行使”^{[14] (P364)},行政权更多地

① See C. Tapper Powers and Secondary Rules of Change Oxford Essays in Jurisprudence 242 (2ed A. Simpson ed 1973)

表现为一种社会手段,为公共目的和利益而存在的社会行为方式。“共和的根本原则是天下为公,国家权力是公有物,国家的治理是所有公民的共同事业。”^{[15] (P.104)}国家权力来源及行使依据主要表现在两个方面:直接的来源及依据是国家对社会公共资源的控制;根本的来源及依据则是人民以明示(如公开选举等)或默示的方式授权或委托,“天之生民,非为君也。天之立君,以为民也。”^[16]即使是凭借武力强行获取的权力,也必须以一定的方式和途径获得大众的认同,否则就不可能成为真正的权力。无论是授权抑或是强权获取的行政权力,情感和道义上的道德认同都是行政权得以长久维系的重要因素。

从行政权行使的过程来看,它收集、引导社会道德评价中“善”的主流,并且以国家强制力为后盾保障法律中蕴含道德因素的实现,“法律是使人类行为服从于规则之治的事业”^{[17] (P.521)},承担着规范引导社会秩序的功能。因此,遵循法律规范对行政相对人一方而言,是将法律道德化、内化为法的精神的过程,也就是法律回归其本质的过程。遵循守法道德规范,一方面有利于社会主体守法精神的养成;另一方面有利于法治整体社会的形成,单纯依靠法律的惩戒功能是很难真正维持行政权秩序的,“大凡市民社会的法秩序没有作为法主体的个人的守法精神是不能维持的。因此,为权利而斗争不仅是法秩序成员的权利而且也是其道义上的义务。具有这种性格的法,如果没有守法精神,而仅靠权力,是不能得以维持的。”^{[18] (P.43)}可见,守法意味着:守法既是一种权利,也是一种道德义务;守法是一种自觉自愿的行为而不是单纯靠命令的强制,靠国家强力虽使人“守法”,但这种“守法”只能是一种外在强加的义务,不可能被接受为一种人的道义上的义务。

因此,要使得行政相对人真正遵守法律,仅仅只有表面的守法是远远不够的,充其量只是法治的初级形式,而基于对法律的道德认同感而守法才是法治的灵魂。正如公元前399年,古希腊的苏格拉底被指控违反城邦宗教和腐化青年等罪而被判死刑,为坚持一个公民必须遵守法律的道德信念,放弃出逃机会以身殉法,以至死不渝的道德义务,维护了法律的权威。可见,守法精神要求主体不仅遵守法律,更重要的是把守法内化为一种道义上的义务,变被迫守法为自愿守法,变强力守法为良心守法,变他律守法为自律守法。这一切的变被动为主动,本质上也都是源于行政权和行政法律规范中蕴含道德规范,值得民众信守这样的前提。

遵循法律规范,对行政主体而言,同样是行政主体道德观的体现。随着社会关系的日益复杂化,行政权的范围日趋广泛,行政法律规范已不可能穷尽一切行政权。因此,法律更多的时候只是泛泛规定行政权行使的类型、范围、途径,行政自由裁量权则演变成行政主体行为的主要方式。实际执法中,行政自由裁量权更多依靠行政行为的执行者“自由心证”,道德成为了考量其行为合理性的重要甚至是惟一的标准。

在行政主体的公务人员执行行政权过程中,一方面可能会因为各种个人道德素质的影响,执行权力的角度、深度不同,进而会直接影响到整体的行政效果。比如,2003年8月1日施行的《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》第5条规定:“公安机关和其他有关行政机关的工作人员在执行职务时发现流浪乞讨人员的,应当告知其向救助站求助;对其中的残疾人、未成年人、老年人和行动不便的其他人员,还应当引导、护送到救助站。”如果某市市政府的公务员见到一名急需救助的街头流浪乞讨人员,在并没有法定的职能义务前提下,他(她)出于自己的道德操守,可以引导、护送该流浪乞讨人员到救助站寻求救助,但是他(她)也可以置之不理,由此仅仅会收到道德的谴责而不需要承担任何法律上的责任。但是,如果他(她)基于道德的判断和自我约束而实施了救助,显然行政救助权的效果是更加明显的。

此外,公务人员对行政权的道德判断,也直接关系到行政权的整体效果,甚至直接关系到国家政权的稳定性。正如西塞罗所言:“我们的确应当重视官员,因为没有他们谨慎、细心的工作,一个国家就无法存在。”^{[19] (P.182)}《中华人民共和国公务员法》第54条规定:“公务员执行公务时,认为上级的决定或者命令有错误的,可以向上级提出改正或者撤销该决定或者命令的意见;上级不改变该决定或者命令,或

者要求立即执行的,公务员应当执行该决定或者命令,执行的后果由上级负责,公务员不承担责任;但是,公务员执行明显违法的决定或者命令的,应当依法承担相应的责任。”公务员在面临上级决定或命令有错误的,而这种错误又不是违反法律规定,只是没有顾及客观情况,而执行该决定或命令会陷行政相对人于不利而无法挽回时,这就是考验公务员道德素质高低的机会。第二次世界大战中,无数的公务员执行了希特勒屠杀犹太人的命令,“令人惊奇的是政府中那些‘老兵们’,他们都是深受传统和文化的熏陶、有教养的和受人尊敬的人,但是他们却忠实地为希特勒的利益服务。在外交部,这种现象并不罕见;甚至在整个政治和行政部门,在很大程度上,在第三帝国的军队中,都是一大特色。”^①

二、行政权的基本道德要求

对行政机关来讲,行政权的基本道德要求首要的方面是守法——依法行政。之所以称行政权的基本道德底线是依法行政,源于两个层面:第一,行政权因法而生,循法而行,遵守法律规范的同时,也是遵守最基本的道德规范,两者有机融合。第二,相比普通道德规范的遵守,行政权的道德要求更高,必须以法定责任来切实履行道德承诺。

“以礼入法”对行政权来讲,是最真实的写照。行政权诞生于公议的立法机关,出于公益的目的而产生,进而为了确保行政权为公益目的而存在,通过事先立法确定其权利义务的范围。行政权的诞生也是社会关系博弈的产物,犹如社会群体经过或左或右的冲撞后,产生的一种社会规范形式。^②包括行政权在内的国家权力系源于公民权利,这一论题已取得绝大多数学者的共识,从本质上而言,法律划定的公民权利与行政权的范围,本身就属于社会道德评价的最终结论。

正如德国学者费希特所言,社会和国家不能相提并论,国家不是目的本身,而纯粹是手段^{[20](P17-18)}。国家权力同样并不应当为了维护权力本身而存在,它应该是国家公民实现自由的工具或手段,人依然是权力的中心要素。人在不断追求以财产权为中心的自身权利的过程,也是社会制度由习惯向法律演化的进程,同时也是行政权产生到逐步实现法律化的趋势演进。在社会发展初期特别是强权统治的社会中,依赖于世袭强权统治,“普天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣。”社会的治理规则完全依靠君主强权掌控全社会的资源并且随意调拨,运用个人统治艺术和暴力压迫,结合思想上的“三从四德”等服从性的道德约束,达到社会统治的目的。但是,随着公民财产权利的多元化和民主自由意识的萌动,民众思想逐渐冲破单纯以服从为内容的道德约束,开始挑战社会的强权暴力统治,单纯依靠暴力和道德约束已经不能适应社会发展,代议制民主国家应运而生,在国家管理方式上,以立法机关为轴心建立权力体系,以法律为社会运行规则。

可见,现代形态上的社会与国家形态产生之前的社会相比,最大特点是财产权的确立以及伴随的民主共和制度,这一进步催生了国家权力和匹配法律的诞生。通过明示的法律制度,实现了在人与人之间明确的权利界限,明确了哪些是“我的”,哪些又是“你的”。在彼此尊重权利的基础上,人类开始文明的合作方式,通过民主决策方式,将适合社会发展以及大众要求的基本道德规范上升为法律,行政权就是这种民主决策的产物之一。

所以,对行政权而言,依法而立、循法而行,方能实现道德准则与法律标准在内容上的完全统一。具体而言,行政权依法而行的道德要求体现在以下几个方面:

1. 权力限定在公议机关出台的法律范围内,确保行政权在社会公共道德指向范围内。行政权的产生出于对专制王权和暴力统治的放弃,代之以人民主权的社会治理方式,因此,行政权必须一定程度上反映着社会民众的普遍意志。“神权政治,君主政治,贵族政治,只要它们还支配着人们的头脑,它们就都是普遍意志。而另一方面,一旦它们对人们头脑的支配宣告失败,它们便只剩下了暴力。简单说,世

① Yahil I. The Rescue of Danish Jewry Philadelphia: Jewish Publication Society of America, 1969. P. 402

② Robert Sengstacke. The Economics of Rights: Cooperation and welfare. Oxford: Blackwell Express, 1986. P. 36

界上只有两种权力:一种是非法的,那就是暴力;另一种是合法的,那就是普遍意志。但是,一旦我们承认了那种意志的权利,即人民主权,我们就必须认清它的确切性质并规定它的确切范围,这一点至关重要。»^{[21] (P.55)}可见,行政权法定受限与暴力、专制属于截然不同的两种境界,如果行政权绝对、毫无限制,那无异于穿上了体制“马甲”的专制与暴力。所以,权力来源于民众,还权于民,受限于民,既是民众期待的社会状态,更是社会公众的道德期许。在民主社会中,法律被视为国家立场的体现形式,不同于其他社会规范的、用强制力约束力保障实施的体系。^①现代社会中,代议机关承担着收集民意、表达民意,将公众普遍意志转化为固定的法律形式,由代议机关制定的法律规定行政权具体内容、形式,本身就是社会公共道德要求的目标,也是监督、确保行政权在道德许可范围内运行的有力保障。尤其是时至今日,“法律秩序成为了一种最重要、最有效的社会控制形式。其他所有的社会控制方式,都从属于法律方式...»^{[22] (P.37)}

2. 权力行使符合法定程序,保障行政权在形式与内容上均与公共道德要求吻合。社会道德评价渗透在行政权整个运行过程,它对行政权是否符合法定程序提出了更高层次的要求。比如,“钓鱼执法”中如果只针对真正的“黑车”营运车主,以合法的相对隐蔽的取证方式应对不公开的违法行为,确实能起到管理公共交通营运秩序的效果,也许行政权符合社会公共道德要求和法定程序。但是,如果这种执法方式在程序上发生量变,产生了专业的“钩子”来配合执法,虽然在执法结果上也能起到一定程度的管理作用,但是这种程序上的异变却引发公共道德的否定。究其原因,程序上的违法取证直接影响到行政权的社会效果,进而否定其法律效果。

3. 权力的行使主体必须具备社会公共道德认可的素质。根据《中华人民共和国公务员法》第11条第(四)项规定,担任公务员应当“具有良好的品行”,该条规定一方面再次验证了法律与道德要求的统一,另一方面,将公务员的道德评价交由了社会公众,实行时时、公开的法律评价。“良好的品行”是相对宽泛、广义的概念,具体哪些属于良好的品行,在不同时代背景下随着大众社会价值观的不断更新,它的要求不尽相同。比如,饱受大众道德谴责的婚外情、惟利是图的金钱价值观、色情或高档娱乐场所消费等等,也都属于公务员遵守的道德禁区。2008年、2009年,社会舆论纷纷报导公务员工作时间饮酒猝死、酒后驾车肇事,以及饮酒致死被追认工伤等社会问题,引发公众对公务员工作时间饮酒等不良现象的争议,随着公众非议程度的加重,各级行政机关纷纷出台措施,将工作时间禁酒的道德评价纳入公务员品行的考核,严厉禁止公务员工作时间及工作间隙饮酒。

行政权需遵循的基本道德规范第二个层面体现在行政权的责任法定,违法行政或者不当行政的后果不仅仅受到道义上的谴责,最终要承担法律上的责任。

行政权责任法定首先意味着行政责任将法律与道德合二为一,道德的内容要求与法律的形式要件有机融合。行政责任与行政权紧密结合,是行政主体及其工作人员必须履行法律规定职权而具备的义务,兼具任务与责任的双重性质,属义务范畴^{[23] (P.117)}。一方面,行政责任以法律惩戒的方式要求行政主体承担行政行为无效,甚至是引发国家赔偿的后果,这种惩罚性的后果是法定的,由相关法律事先以明示的方式让行政主体和行政相对人知晓,正是通过法律的预见性、明示性,行政权的法律责任在形式上和内容上均具有了明确的要求。另一方面,社会对行政主体及公务员履行职责的道德评价,在内容上主要体现为勤勉、负责等,以约束性的法律责任形式再现了公众对执法者的要求,这种要求是相对固定的。

其次,行政权责任法定还意味着,行政行为的执行机构和具体执行者均要承担法律上的惩戒和道德上的谴责双重后果。行政权行使过程中出现瑕疵,少部分是因为制度设计上存在漏洞,更多的是基于执行者本身的人性弱点导致,“我将通过假设各方对别人的利益不感兴趣来强调正义环境的这一方面。我也要假定,人们受知识、思想和判断方面缺点的影响,他们的知识必然是不完全的,他们的推理、记忆

① Kenneth Dyson, *The State Tradition in Western Europe*, Oxford: Martin Robertson, 1980, P. 42

力和注意力总要受到限制,他们的判断易被渴望、偏见和私心歪曲。在这些缺点中,有的是来自道德缺陷,来自自私和疏忽,但在很大程度上,它们只是自然状态的一部分。”^{[24] (P. 122)} 现有的法律多数只规定了违法或不当行政的行为后果,比如行为被撤销、归于无效或责令重新作出,而对于行政行为的执行者多数只有宽泛的规定。比如,《中华人民共和国行政处罚法》第60条规定:“行政机关违法实行检查措施或者执行措施,给公民人身或者财产造成损害、给法人或者其他组织造成损失的,应当依法予以赔偿,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分;情节严重构成犯罪的,依法追究刑事责任。”具体如何界定主管人员和直接责任人员,以及给予何种类型的行政处分,是最轻程度的警告还是开除公职,都没有明确。实践中,违法后果大多数都由行政主体对外“买单”,对内则轻描淡写甚至是只字不提。但是,缺乏法律追究责任的同时,公众的道德谴责成为执行者无法回避的事实,道德谴责成为约束执行者恪尽职守、忠诚为民的又一道防线。

三、行政权的衍生道德要求

行政权的基本道德要求是合法,而行政权的衍生道德要求是合理,“理”就是社会大众的普遍道德评价,毕竟单纯依靠法律是无法实现社会生活调控的方方面面,“法律有意划地自限,对某些范围内人类行为的道德规范不予支持,因为它感到法律制度的负荷已经太重,无法承担那项工作,而且由于它的干预,所造成的恶果会比它能够防止的还多。”^{[25] (P. 43)} 而“理”或者“公理”作为社会大众认可并广泛存在的行动法则,能约束、调配行政主体及其工作人员的行动方向,将行政权限定在预先设定的社会行为轨道上。

首先,行政主体及其工作人员要意识到“理”是现代社会中社会群体行动中的支配性因素之一。如前所述,作为社会规则的法律是调节社会关系的重要因素,但受限于法律自身的特点,它的调整范围、幅度是相对有限的,社会道德中“符合情理”是其中重要的补充。纵观古今中外,不同时代、不同社会背景的社会,都会有存在于百姓头脑中的理性评判标准,这中间有基于神的宣示、对公平的追求、对和平的向往等等,并且在形式上也多种多样。

法国16世纪著名宗教改革家兼神学家加尔文就宣称:“因为凡知道自己是施行神公义的人,应当如何热心追求正直、谨慎、仁爱、节制和清白啊!……总之,他们要是念及他们是神的代表,就会因此极其谨慎、诚恳、殷勤,就会在他们的行政里对人表彰神的安排、眷顾、良善、仁慈和公义。他们也必须常常谨记着:倘若在一切事情上‘凡狡诈为耶和華行事的,必受诅咒’,那么,凡在公义的职位上欺诈行事的,就要受更重的诅咒。”^{[26] (P. 89)} 从这段宣讲来看,在信奉教会的社会中,公众推崇的基督教教义倡导的正直、仁慈道德观,也成为时任政府官员的基督徒必须谨慎行事的行为准则之一。

在我国古代曾有两个案例,“何武断剑”和“张詠分财”,可以被认为是行政官员灵活运用社会公理的典范。“何武断剑”源于汉朝的《风俗通》一书,记载的是西汉沛县有富翁临死前立下遗嘱,将万贯家财全部留给关系并不好的女儿女婿,只留下一把宝剑交由女儿保管,要求等年幼的儿子满15周岁以后给他。后幼子年满15周岁后讨要宝剑,姐姐不给而对簿公堂。郡守何武审理后,认为富翁的本意是将遗产留给幼子,只是担心女儿女婿会因此加害幼子,因而出此计策希望官府能领悟其真实意愿。北宋时期的张詠也判处过类似的案件,作为行政官员他并没有完全遵照死者遗嘱内容,而是将绝大部分遗产分给了刚成年的幼子。上述两个案件被百姓广为推崇,并被五代时的《疑狱集》、宋代的《折狱龟鉴》等收录^{[27] (P. 179-180)}。上述两个案例,按照今天的观点来看,似乎存在明显违法的嫌疑,但是不容忽视的是它却遵循了该时代背景下一个公认的继承原则:嫡长子继承制。只要是符合这个基本原则的,都被认为符合公平正义的实质,也为社会大众普遍接受。

换句话说而言,社会认可的“理”是维持社会关系存续但不成文的社会规范,这也是一种社会群体合作博弈的结果,遵守“理”会得到尊重或者实际的收益。原因在于,“社会规范具有内在化交易成本的功能(如果违反社会规范的人深感内疚并且其行为遭到社会谴责,而那些遵守社会规范的人则体会到善

德并赢得他人的赞扬,人们就会有遵从社会规范的动机)。即当一个原则体现为内在化的社会规范,就存在一个内在和外在此的奖惩机制,并通过社会认可和不可认可的方式,引导个人的行为遵守这些原则。^① [28] (P.70-71) 作为社会个体尚必须尊崇“理”,作为社会个体代表的政府,没有动因去对抗“理”,尤其是在能够获得双赢的情况下。

需要明确的是,社会认可的有些“理”可以上升为法律形式,比如西方国家实行的婚姻誓约,原本只是私人行为方式,因为大众认可并广泛采用而被国家制度化并受其规制。而有些“理”只能在某个特定时期、特定阶段、特定区域、针对某些特定对象起到作用,不能摆上台面但可以左右大众。对这些“理”,行政主体更应该审时度势,“想群众之所想”,以灵活机动的方式运用“理”实现行政管理目标。

其次,力求行政权符合“理”的要求进行设置及行使,实际上提出了比合法性更高层次的要求,这种要求并非法律限定的可以做什么不可以做什么,而是完全依赖于立法者或者执行者的内心判断和确信。自由心证的却是最难把握的,因为它依赖的“标准”虽处于众所周知的状态,但如何掌握度,如何在法律与情理之间寻找平衡点,往往很难。

再次,行政权合理性的要求本质上也是行政权合法的必然衍生,违背合理行政的要求,最终也要承担相应法律后果或社会后果。比如《中华人民共和国行政处罚法》第4条第二款规定:“设定和实施行政处罚必须以事实为依据,与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。”衡量该条提及的“社会危害程度”的依据其实就是行政相对人行为的社会“理”的认可度,违背“理”进行的行政处罚也要承担该法第60条、第62条规定的法律责任。西方学者甚至认为:“如果法官的信念异常坚定,而且如果所涉及的问题具有重大的道德或社会意义,即使他不认为这些信念能为社会中大多数人所接受,我认为法官也可能遵从这些信念。”^② 2009年9月同样发生在上海的张某违章载客案,经被处罚人张某提起行政诉讼后,上海闵行区专门成立了由区建交委和区监察局组成的联合调查组进行调查。经调查组查明,该行政执法行为取证方式不正当,导致认定事实不清,责令区交通执法大队作出撤销该行政处罚行为的决定。引起该行政处分无效的原因在于采用隐蔽执法的执法方式不为民众认同,有违常理,也违反了我国行政处罚法的立法原意。

四、道德对现代行政权的改良

在行政权行使过程中,灵活运用道德对行政主体和行政相对人的约束作用,无疑对行政法律关系双方起到双赢作用,特别是在社会生活中行政权面临的新问题越来越多,而立法机关立法相对滞后的情况下,“个人运用法律赋予的权利选择权力和提出相应要求,深刻影响了公共政策的制定,它不再需要通过任何集体行为作为理由,也无需借助于任何公众意识来完成。”^③在这种行政权面临管理多元化的背景下,在当前传统行政权基础上寻求行为方式上的转变及突破的过程中,道德发挥的作用是非常明显、有效的。

首先,道德拓展了行政权的范围,使行政权的运用能够游刃有余。如前所述,行政权行使的前提要件是“有法可依”,即必须按照法律预定的内容和规范程序运行。因此,恰当的、公正的符合大众道德观的法律理应受到行政主体和行政相对人的共同遵守和执行,这也有助于提升行政权的实际效力。“为什么实践性尊重可能被视为是忠诚于社会的恰当表达。它是信任的一种证明形式。相信法律为公正和良善的人认为,自己有理由按照法律的要求行为。如果法律在道德上是真正完善的,那么服从法律就是头等大事,它将允许作为辩解的条件,所有法律上所要求的行为理由在这些条件中被其他因素击败。如果一个人绝对信赖法律,他将承认法律的权威。因此,对社会的忠诚可以通过他含蓄地信任法律的行为来表达。由此可见,尊重法律的态度是忠诚的一种证明形式,因为它产生了服从的义务以及对权威的此

① Kent Greenawalt Policy Rights and Judicial Decision Supra note 10 1051-1052

② F. K. Zemans Legal Mobilization The Neglected Role Of the Law in The Political System The American Political Science Review Vol. 77 Sept. 1983 P. 692

种承认。”[29] (P.227)

与此同时,我们也必须注意到,现实生活中法律涵盖的范围是有限的,尤其是社会发展步伐与法治进步不匹配的时候,如果机械地一概要求行政权完全依法而行,会在面对社会层出不穷的新现象时束手无策。“德性不仅仅启发和支持并无特定权利对应者的道德义务,而且在许多场合下可以启发和支持有特定义务对应者的道德权利。也就是说,德至少可以成为指向特定义务或责任的道德资格和意志能力。”[30] (P.11-12) 因此,面对法律没有准确覆盖的行政领域,行政权必须发挥其能动性,以相对宽泛的法律为指导原则,运用道德规则的指向功能来指引行政权的行使,用道德作为法律间隙的填缝剂。惟有通过这种道德与法律的互动,才能不断地灵活拓展行政权的范围,避免行政权固步自封,无法适应社会进步。因为,社会及其衍生的权力必须尊重人的共同尊严和选择,这种相互尊重和共同选择也是道德和法律的最终目标,“这种相互尊重的原则仅仅是在这样的情况下产生和得到证明:一群人已经成功地结成同胞关系,并受其约束,这种同胞关系依靠明示或默示的协定维持着一种‘生活方式’。”[31] (P.58)

其次,道德实现了行政方式的多样化运行,并以稳定的道德规范约束桀骜不驯的行政权。道德除了拓展行政权的运行范围,还以它相对宽泛的特质为行政权提供了多条运行途径。比如,前文提及的上海“黑车”钓鱼案发生后,闵行区建交委相关人员介绍“接下来,我们将以‘透明’监督的方式进行执法”。同时要求,在日后的“黑车”查处过程中,执法人员将模仿交警查处酒后驾驶的工作方式,将执法车停在路口,执法人员身着制服,对往来车辆进行检查。同时,为了能让执法工作既在“阳光”下进行,又能得到良好的抑制效果,闵行区决定在主要交通枢纽派驻志愿者监督、疏导。同时,闵行区内轨交站周边、交通枢纽等重点区域,将设置更多出租车和公共汽车专用道路,公共交通网络也会逐渐完善。与闵行区政府类似的行政权适应社会变化进行自我更新的方向,与西方国家推出的“新公共管理模式”是吻合的,“强化国家核心战略能力,引导国家能够自如、灵活、低成本地应对外界的变化以及不同的利益需求。”①

社会道德评价在社会发展中相对稳定,同时又具有灵活的适用范围,在法律无法就每个领域或行业的行政方式——作出规定时,道德的原则性与灵活性相结合,保障社会评价可以被大众接受,其中道德起到了很好的说明作用。对“超常规”运行的行政权道德又通过社会评价规则的功能,以褒或贬的方式实现对行政权的鼓励或否定。

再次,道德作为补充规范,引导公众从社会层面评价行政权的内容,保障行政权的大方向符合公众利益。国家集行政权的制定者与实行者于一身,在受到某种因素制约或不良动机驱动时,可能会置普遍的大众利益于不顾,将行政权服务于某些特殊的利益集团。在这种“恶法”或“恶权”的情况下,道德作为公众认可的规则,起到引导公众评价国家行为的作用,通过道德推动有利于公众的立法,“法律若以正义实现为追求,该法便是善法;舍弃了正义的价值标准,法便是恶法。恶法不为法,人人有权予以抵抗。”[32] 以此保障行政权符合大众利益。同时,公共的道德评价还能确保行政权运行程序中充分尊重个人的尊严,进而保障行政相对人享有真正的自由,“在特定条件下,只要法律允许人不再成为人而是把它变成物,这里就没有自由而言。”[33] (P.78-79)

五、结语

相比法律,道德拓展行政权能动性更强,社会影响也更加广泛。在构建和谐社会的背景下,行政主体依法行政是道德的必然要求,而在法律框架下同时遵循社会公共道德规范,有利于行政权充分有效地行使,更好地发挥行政权分配社会资源、调节社会关系的功能性价值。但是,道德的发挥终究要落实到行政权的具体实施者头上,因而提高公务员队伍的道德素质,不再仅仅体现一句口号,而是现实社会提出的迫切需求。“既然我们政府的目的是把政体的价值扩展到所有公民身上并保护每一位公民,那么,乐善好施就是这个目的的必要条件。”[19] (P.176)

① OECD Governance in Transition: Public Management Reform in OECD Countries, 1996, P.8

参考文献:

- [1] [英] 格雷厄姆·沃拉斯:《政治中的人性》朱曾汶译,商务印书馆 1997年版。
- [2] [英] A. P. d'Entreves:《自然法—法律哲学导论》李日章译,台湾联经事业出版公司 2000年版。
- [3] 《韩非子·定法》。
- [4] 《论语·为政》。
- [5] 《商君书·画策》。
- [6] 许慎:《说文解字》。
- [7] 瞿同祖:《中国法律与中国社会》中华书局 2003年版。
- [8] [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆 1981年版。
- [9] 周辅成编:《西方伦理学名著选辑》(上卷),商务印书馆 1964年版。
- [10] 沈宗灵:《现代西方法律哲学》,法律出版社 1983年版。
- [11] 张宏生、谷春德主编:《西方法律思想史》北京大学出版社 1990年版。
- [12] 何怀宏:《契约伦理与社会正义》,中国人民大学出版社 1993年版。
- [13] [美] 迈克尔·艾隆·艾森伯格:《普通法的本质》张曙光、张小平、张含光等译,法律出版社 2004年版。
- [14] [美] E·博登海默:《法理学—法律哲学与法律方法》邓正来译,中国政法大学出版社 1999年版。
- [15] 刘军宁:《共和·民主·宪政——自由主义思想研究》上海三联书店 1998年版。
- [16] 《荀子·大略》。
- [17] [英] 戴维·M·沃克:《牛津法律大辞典》,邓正来等译,光明日报出版社 1989年版。
- [18] [日] 川岛武宜:《现代化与法》申政武、渠涛、李旺译,中国政法大学出版社 1994年版。
- [19] [美] 乔治弗雷·德里克森:《公共行政的精神》张成福等译,中国人民大学出版社 2003年版。
- [20] [德] 费希特:《论学者的使命 人的使命》梁志学、沈真译,商务印书馆 2008年版。
- [21] [法] 邦雅曼·贡斯当:《古代人的自由与现代人的自由》,阎克文、刘满贵译,商务印书馆 1999年版。
- [22] [美] 罗斯科·庞德:《法律与道德》,陈林林译,中国政法大学出版社 2003年版。
- [23] 王学辉、宋玉波等:《行政权研究》中国检察出版社 2002年版。
- [24] [美] 约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社 1988年版。
- [25] [英] 丹尼斯·罗伊德:《法律的理念》张茂柏译,新星出版社 2005年版。
- [26] [德] 马丁·路德、[法] 约翰·加尔文:《论政府》,吴玲玲编译,贵州人民出版社 2004年版。
- [27] 郭建:《獬豸的投影——中国的法文化》,上海三联书店 2006年版。
- [28] [美] 路易斯·卡普洛·斯蒂文·沙维尔:《公平与福利》,冯玉军、涂永前译,法律出版社 2007年版。
- [29] [英] 约瑟夫·拉兹:《法律的权威——法律与道德论文集》,朱峰译,法律出版社 2005年版。
- [30] 夏勇:《中国民权哲学》生活·读书·新知三联书店 2004年版。
- [31] [美] 亚历山大·米克尔约翰:《表达自由的法律限度》,侯健译,贵州人民出版社 2003年版。
- [32] 徐显明:“论‘法治’的构成要件”,载《法学研究》1996年第3期。
- [33] [意] 皮罗·克拉玛德雷:《程序与民主》瞿小波、刘刚译,高等教育出版社 2005年版。

(责任编辑 孙国栋)